

规范说与侵权责任法第 79 条的适用

——与袁中华博士商榷

吴泽勇*

内容提要：通过检索民事诉讼法学相关理论，考察法院适用侵权责任法第 78 条、第 79 条的裁判文书，侵权责任法第 79 条不存在所谓的“证明责任问题”，也不会因为该问题而被搁置。作为证明责任分配理论通说的规范说，并不排斥文义解释之外的其他解释方法。“请求原因、抗辩、再抗辩”的解释方法与规范说并不矛盾。侵权责任法第 79 条在司法适用中的确存在一定程度的功能落空，但原因不是立法存在缺陷，也不是传统证明责任分配理论失灵，而是法官没有透过法条的文义和构造，发现正确的法条适用和证明责任分配方案。不是规范说出了问题，而是没有妥善运用规范说导致了问题。

关键词：证明责任 规范说 侵权责任法第 79 条 文义解释 再抗辩

引言

对于关注民事诉讼证明责任问题的学者来说，袁中华发表在《法学研究》2014 年第 6 期的《规范说之本质缺陷及其克服——以侵权责任法第 79 条为线索》一文很难被忽略。袁中华通过分析侵权责任法第 79 条的证明责任规范，认为在立法者没有充分考虑证明责任分配的情况下坚持作为证明责任分配通说的规范说，将会导致不合理的证明责任分配结果。基于对规范说之“本质缺陷”的批评，他建议引入以规范目的为导向的体系解释方法，以“请求原因、抗辩、再抗辩”的逻辑一并解读侵权责任法第 78 条、第 79 条，并对动物致害侵权案件的证明责任进行重新分配。

对规范说的质疑并不鲜见，但袁文通过中国法上一个具体法条的证明责任分析来揭示

* 河南大学法学院教授。

张陈果、郑金玉、史明洲、马丁等学友曾就本文初稿提出指正意见，河南大学法学院的席璐等同学承担了部分裁判文书的搜集、整理工作，在此一并致谢。

规范说的弊端,其批评显得有的放矢;作为替代方案提出的“请求原因、抗辩、再抗辩”的法解释策略,在国内学界也有一定的新颖性。其核心论点是这样的三个命题:其一,侵权责任法第79条存在证明责任问题,这使得该条在实践中有可能被搁置。其二,之所以出现上述局面,是因为作为证明责任分配通说的规范说存在本质缺陷。其三,解决这一问题的途径是引入“请求原因、抗辩、再抗辩”的法解释方法,对侵权责任法第79条的证明责任分配进行重新安排。在袁文中,第一个命题为其批评规范说确立反面样本,第二个命题对规范说的方法论特征提出正面质疑,第三个命题则为克服规范说的“本质缺陷”找到应对方案。三个命题在逻辑上层层递进、彼此呼应,但又具有各自的独立性。

在本文接下来的篇幅里,笔者将逐一检验上述三个命题。这种检验不妨看作是通说坚守者对通说批评者的一个回应,但不止于此。我们会看到,对第一个命题的检验涉及法律适用的某些基本原理和证明责任分析的基本流程,对第二个命题的检验关系到我们对规范说这样一种学术通说的认知和立场,对第三个命题的检验不仅涉及对“再抗辩思维”的认识,而且决定了我们对究竟怎样的证明责任分配方案才适合侵权责任法第79条这样一个理论和实务上都很重要的问题的回答。结语部分对由这一讨论引发的方法论思考稍作展开,这种思考不仅启发了本文研究的最初灵感,而且贯穿了本文撰写的全过程。

一、侵权责任法第79条的适用频率与证明难度

袁中华的问题是从侵权责任法第79条切入的。该条规定:“违反管理规定,未对动物采取安全措施造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。”袁中华认为,按照罗森贝克的规范说,这意味着受害人除了要证明动物致害责任的一般构成要件(饲养的动物造成他人损害),还要证明加害人“违反管理规定,未对动物采取安全措施”。也就是说,假如受害人援引侵权责任法第79条,将比援引第78条承担更重的证明责任,遭受败诉的可能性也更大。而且,第79条间接增加了加害人防御的方法(被告可以通过证明自己没有违反管理规定谋求免责),从而更不利于受害人。这种不合理的证明责任分配方案将导致当事人普遍选择第78条而抛弃第79条,使第79条沦为纸面上的法律。袁中华认为,尽管立法者在第79条中取消了加害人抗辩的消极要件,看上去对受害人更有利,但按照诉讼证明的一般法理,受害人首先要全面证明第79条的前半句,即“违反管理规定,未对动物采取安全措施”,如果未证明这一要件,被告不作任何抗辩即可胜诉。“诉讼进程中请求与抗辩被提出和审查的先后顺序决定了,增加作为请求权成立前提的积极构成要件,同时又减少对抗请求权的消极构成要件,实际上并不能实现证明责任分配的平衡。证明责任不当分配的危险依旧存在。”〔1〕表面上,袁中华对侵权责任法第79条的分析符合证明责任分配的一般法理。〔2〕但这种分析能否推导出“当事人普遍选择第78条而抛弃第79条,使第79条沦为纸面上的法律”的结论,却存在一系列疑问。

〔1〕袁中华文,第151页。

〔2〕但有关反证增加了被告防御方法的论述除外,因为“违反管理规定,未对动物采取安全措施”是权利成立要件,对该要件的否定性主张不构成独立的防御方法。

(一) 当事人的法条援引决定法官的法律适用吗

第一个疑问是,当事人对侵权责任法第78条、第79条的援引是否决定案件的审理结果?袁文隐含着这样的逻辑:动物致害的受害人必须在第78条、第79条中作出选择,而这种选择会因为两个法条证明责任分配的不同而对案件审理结果产生决定性影响。笔者认为,这样的逻辑可能并不成立。在民事诉讼中,是法官决定应当适用的法律规范,进而决定证明的必要性;〔3〕当事人的证明申请只是建议。〔4〕当然,当事人的规范主张对案件审理产生某种影响也是可能的。根据诉讼标的旧说(实体法说),〔5〕原告请求权主张界定了本案的诉讼标的。在涉及请求权竞合的情况下,如果一个法条构成某个请求权的基础规范,那么当事人对该法条的援引不妨理解为其对本案请求权(同时也是诉讼标的)的界定。这种情况下,根据处分权主义,不经当事人同意,法官不能适用别的请求权基础,针对别的请求权作出裁判。〔6〕

但问题是,侵权责任法第79条和第78条并不属于这种情形。按照民法学界的主流见解,侵权责任法第78条与该章其他条款是一般规则与特殊规则的关系。第78条是规范动物饲养人或管理人侵权责任的一般规则,第79、80、81条则规定了三种特殊情形下的饲养动物侵权责任。〔7〕在法律适用上,凡是符合特殊规则规定情形的,不适用一般规则;只有不符合特殊规定的情形,才适用第78条确立的一般规则。〔8〕按照这样的理解,一个动物损害事实或者根据侵权责任法第78条成立侵权损害赔偿请求权,或者根据该法第79条及其他诸条成立侵权损害赔偿请求权,而不可能同时成立两个请求权。也就是说,对于这两个法条的适用,并不存在请求权竞合的可能。二者的关系,只能理解为典型意义的“法条竞合”。〔9〕因此,无论受害人援引侵权责任法第78条还是第79条,都只是法观点的表达,对法官并无拘束力。如果法官认为当事人援引法条错误,有权适用正确的法条作

〔3〕 参见〔德〕罗森贝克、施瓦布、哥特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,法律出版社2007年版,第543页。

〔4〕 同上书,第834页。

〔5〕 一般认为,我国司法实务在诉讼标的的问题上采旧说(实体法说)。代表性的表达见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第635页。当然,学界关于这一问题的认识并不统一,而且看上去短期内也无法统一。但考虑到其他诉讼标的的学说更不可能支持袁文的表述,这里不再对适用这些学说的情形逐一进行分析。

〔6〕 具体地说,如果法官发现原告主张了错误的请求权,他应当指出正确的请求权是什么,此即法官的释明义务。如果当事人经过释明,转而以新的请求权作为诉讼标的进行诉讼,则构成诉的变更;如果仍坚持以原来的请求权基础规范进行诉讼,根据处分权主义,法官只能就原告主张的法律关系进行事实调查,而不得直接针对经他释明的新的法律关系进行调查。经过这样的调查,如果原告败诉,他还可以以新的请求权提起诉讼。

〔7〕 侵权责任法第80条规定了饲养烈性犬等危险动物致害的损害责任,第81条规定了动物园饲养动物致害的损害责任。

〔8〕 参见张新宝主编:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2013年版,第280页;杨立新:《饲养动物损害责任一般条款的理解与适用》,《法学》2013年第7期,第23页以下;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第623页;张尧:《论饲养动物损害责任——以〈侵权责任法〉第79条为分析对象》,《政治与法律》2013年第6期,第35页以下。实务中也有判决指出了这一点,如毛美英与周荣华健康权案,上海市浦东新区人民法院(2014)浦民一(民)初字第8442号民事判决书。唯一的例外见周友军:《我国动物致害责任的解释论》,《政治与法律》2010年第5期,第45页以下。周友军似乎认为侵权责任法第78条与第79条可以同时适用。对周友军的批评,见上引张尧文,第38页。

〔9〕 这一概念的使用,主要参考了〔德〕拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第146页以下。

出判决。^[10]

可见,对于侵权责任法第78条和第79条,根本不存在当事人援引法条错误导致败诉的情况。这一判断也得到了实务判决的支持。在笔者搜集的饲养动物损害责任的案例中,没有一例的原告因为主张法条错误而败诉。原告起诉时一般并不援引特定法条,即使援引了,也不会对法官构成约束。^[11]

(二)“违反管理规定,未对动物采取安全措施”难以证明吗

第二个疑问是,“违反管理规定,未对动物采取安全措施”是否构成证明难题?在笔者看来,某一要件事实是否成为证明难题,固然可以从逻辑上进行推测,但根本上却是一个实践问题。因为,按照公认的民事诉讼法学理论,双方当事人不争执的事实,法官无需启动证据调查;^[12]在司法实务中,就那些比较容易查明的事实,法官一般会获得心证,不会陷入真伪不明。这两种情况下,证明责任判决不会登场,^[13]也就谈不上因为“证明责任问题”导致某个法条被抛弃。那么,“违反管理规定,未对动物采取安全措施”要件是否难以证明,以至于侵权责任法第79条常常遭遇无法证明而被(法官)抛弃的命运?

来自司法实践的回答是否定的。笔者细读相关案例,没有发现一例就“违反管理规定,未对动物采取安全措施”要件是否成立产生争执的,更别说因为该要件无法证明而驳回诉讼请求了。笔者承认搜集的裁判文书可能不全,判决书反映的信息很多时候也未必完整。但一边倒的检索结果足以支持这样的判断:在绝大多数时候,侵权责任法第79条中的“违反管理规定,未对动物采取安全措施”并不是难以证明的要件。

怎么解释这种现象?“违反管理规定,未对动物采取安全措施”这一要件实际上包括两个内容,一是“违反管理规定”,二是“未对动物采取安全措施”。从文义上,只有同时符合这两个条件,该要件才能成立。所谓管理规定,是指相关权力机关为加强本地区的动物饲养管理,保障公民健康和人身安全,维护动物饲养人的合法权利以及维护城市的环境卫生和社会公共秩序而制定的规范性文件。^[14]这类规定通常涉及几类规则:一是关于饲养动物登记的规则;二是关于动物防疫的规定;三是关于动物日常管理的规定,比如出门佩带

[10] 当然,为了避免造成诉讼突袭,法官应阐明其法观点,以便给当事人双方公平的攻防机会。参见熊跃敏:《民事诉讼中法院的法律观点指出义务:法理、规则与判例——以德国民事诉讼为中心的考察》,《中国法学》2008年第4期,第119页以下。

[11] 比如在侯有才、陶朝芳、侯明英、侯明章、侯明珍与李永侯饲养动物损害赔偿纠纷案(云南省砚山县人民法院(2015)砚民初字第503号民事判决书)、韶关市国有曲江林场与侯永胜饲养动物损害责任纠纷案(广东省韶关市浈江区人民法院(2014)韶浈法犁民初字第61号民事判决书)、姚国娟与金昌植健康权纠纷案(浙江省杭州市余杭区人民法院(2014)杭余民初字第653号民事判决书)中,原告起诉时援引了侵权责任法第78条、第79条,而法院判决只援引了其中的一条。在腾航宇与宋达明饲养动物致人损害赔偿纠纷案(江苏省如皋市人民法院(2014)皋石民初字第0377号民事判决书)中,原告以被告“未对饲养动物采取安全措施致其损害”为由起诉,法院判决明确排除了侵权责任法第79条,适用了侵权责任法第78条。

[12] 袁文认为,负担证明责任意味着三项要求:(1)主张具体事实;(2)提出证据加以证明;(3)真伪不明时负担败诉风险。参见袁中华文,第149页。这在理论上是正确的,但却遗漏了一种重要的情形:如果就一个要件事实双方当事人并无争执,则谈不上第(2)和第(3)项要求。在民事诉讼法学上,关于这类情形的研究通常被归入自认理论。

[13] 参见[德]罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第8页以下。

[14] 2010年时,我国已有北京、天津、上海等20多个省、自治区、直辖市以及石家庄、长春等近70个城市颁布了养犬管理的地方性法规和规章。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第321页。

犬绳、口罩等。这三类规范中，与侵权责任法第79条关系密切的经常是第三类。^[15]在笔者看来，规范背后的要件事实在实践中有一个具体化的过程。通过这种具体化操作，法律要件逐步转换为操作性较强的、更贴近现实生活的常规事实，而非仅仅停留在逻辑层面的抽象事实。实践中，是否违反管理规定，主要看拴养动物是否有明显警示标志，溜养犬只是否按规定佩带了犬绳、口罩等。考虑到城市饲养动物的拴养、溜养空间一般比较固定，遭遇人群也相对固定，是否违反这类规定通常不难证明。至于“未对动物采取安全措施”，在逻辑上紧随“违反管理规定”，大体就是指未按相关管理规定对动物采取安全措施。^[16]在实践中，诸如犬类动物没有按照相关管理规定佩带犬绳或者口罩，并且事实上对他人造成了侵害，就可以认为构成了“违反管理规定，未对动物采取安全措施”的表面证明。

基于上述原因，在司法实践中，经常成为争点的不是被告是否“违反管理规定，未对动物采取安全措施”，而是动物致害的基础事实——被告所养动物伤害了原告——是否成立。道理很简单：动物致害的事实通常在瞬间发生，直接证据少且难以固定；而“违反管理规定，未对动物采取安全措施”所涉事实持续时间较长，并有大量直接事实和间接事实可作为佐证。

上述两个疑问中，第一个疑问也许只是源于表述的不准确。我们不妨猜测，袁中华要表达的是法官因为某种原因抛弃侵权责任法第79条，而不是当事人拒绝援引第79条。在第二个问题上的疏忽却是致命的。袁中华并没有考察相关的司法实践，只是在一个注释中提到，“当然，还存在另一种可能性，即原告证明了所有要件，而被告根据法律的规定无法提出任何抗辩。这种情形毫无疑问对原告更为有利。但鉴于‘违反管理规定，未对动物采取安全措施’本身常常是难以证明的要件，因此，这种可能性尽管存在，但实际意义不大”。^[17]这个判断有很大想当然的成分。实体法规范常常就一个请求权规定多项事实要件，但在诉讼中，却不是所有要件都会成为当事人争执的焦点。这是正常的，也是必要的，若不如此，诉讼将变得极其臃肿，甚至从根本上超出司法制度所能承受的范围。而决定一个要件会不会成为争点以及会不会成为证明难题的，不是法条的文字表述，也不是理论家的形而上学，而是真实的社会生活。与侵权责任法第78条相比，第79条的确增加了“违反管理规定，未对动物采取安全措施”的要件，但这并不意味着证明这个法条就一定比证明第78条更困难。事实上，根据本文的考察，这一要件不仅不难证明，甚至很少成为动物致害案件的争点。依照辩论主义，对于当事人无争议的事实，法官可以直接作为判决的依据。这意味着，就“违反管理规定，未对动物采取安全措施”这一要件，不会经常发生证明责任问题。

（三）侵权责任法第79条沦为“纸面上的法律”了吗

我国法官对于侵权责任法第78条、第79条的援引情况怎样？是否存在袁中华担心的第79条被搁置的情形？这个问题只能由司法实践来回答。笔者检索“中国裁判文书网”、“北大法宝司法案例库”、“北大法意司法案例库”，共搜索到适用侵权责任法第78条的案例

[15] 因为只有第三类规定才会与“是否采取安全措施”发生关联。

[16] 实务中，有判决没有说明本地是否有相关管理规定，仅依据被告“没有采取必要的安全措施”就援引侵权责任法第79条作出了判决。比如，在一起耕牛致未成年人损害的案件中，法官也适用了侵权责任法第79条，见黄某秀与黄某捌、黄某放生命权、健康权、身体权纠纷案，湖南省道县人民法院（2015）道法民初字第185号民事判决书。这在法律适用上是否妥当，值得斟酌。

[17] 袁中华文，第151页。

1160个,^[18]适用第79条的案例230个,^[19]适用第79条的案例是适用第78条的19.8%。

根据三个数据库的检索情况,可以推算,我国法官适用侵权责任法第79条的频率大约为适用第78条的1/5。^[20]这个比例的确不高,但要因此得出“第79条沦为纸面上的法律”的判断,却言过其实。况且,基于上文的考察,没有证据证明第79条的较少适用与该法条“不合理的证明责任分配”有关。至于这种(可能的)低使用率的真正原因是什么,本文第三部分将有进一步讨论。

二、规范说及其方法论特征

袁中华认为,侵权责任法第79条之所以有可能被摒弃,源于法律适用者对规范说的严格遵守。“民法学者借助文义和体系解释方法,将‘违反管理规定,未对动物采取安全措施’要件识别为第79条的损害赔偿请求权的前提,并进一步得出结论:受害人应当就该要件承担证明责任。这种解释路径可以说是规范说的典型应用。”^[21]而“规范说在方法论上主要使用文义解释,因此,它必然‘注重法条的外在形式’而陷入证明责任分配的僵化,无法通过目的性解释等方法缓解法条文字表达所可能存在的不合理之处,从而也就无法‘顾及双方当事人之间的实质公平正义’”。^[22]也就是说,在袁中华看来,主要使用文义解释,拒绝目的性解释,是规范说的本质缺陷。这是袁文提出的核心问题,侵权责任法第79条的证明责任问题不过是证明这一问题的确存在的实例。这意味着,即使袁文对于侵权责任法第79条的证明责任分析不妥,也不能推导出其关于规范说“本质缺陷”的批评必定有误。与前者相比,后者是一个更具普遍性的重大理论问题。为了检验袁文的批评是否成立,需要回到规范说本身作深入的梳理。

(一) 什么是规范说

一般认为,罗森贝克的规范说至少包含四点内容:其一,证明责任本质上是要件事实真伪不明时不能适用规范的结果。此即证明责任规范本质的“规范不适用说”。^[23]其二,证明责任分配的原则可以简单表述为:每一方当事人均须主张和证明对自己有利的法规范(即法律效力对自己有利的法规范)的成立要件。^[24]其三,由于权利成立规范是对请求权人有利的,故请求权人应当证明权利成立规范的法律要件;而权利消灭规范、权利妨碍规

[18] 以侵权责任法第78条的文本为全文检索关键词,在中国裁判文书网上检索到969份裁判文书,剔除重复后剩下799份;在北大法宝上检索到862份裁判文书,剔除与中国裁判文书网重合的,还有328份;在北大法意上检索到234份裁判文书,剔除与中国裁判文书网、北大法宝重合的,还有33份。在这三个案例库中共检索到适用第78条的有效裁判文书1160份。检索时间为2016年3月20日。

[19] 以侵权责任法第79条的文本为全文检索关键词,在中国裁判文书网上检索到208份裁判文书,剔除重复后剩下186份;在北大法宝上检索到170份裁判文书,剔除与中国裁判文书网重合的,还有27份;在北大法意上检索到46份裁判文书,剔除与中国裁判文书网、与北大法宝重合的,还有17份。在这三个案例库中共检索到适用第79条的有效裁判文书230份。检索时间为2016年3月20日。

[20] 正如下文将要提到的,许多裁判文书同时援引了侵权责任法第78条和第79条。但这里的统计只是为了分析两个法条的援引频率,故对此类情形未作进一步区分。

[21] 袁中华文,第152页。

[22] 袁中华文,第153页。

[23] 参见前引[13],罗森贝克书,第12页。

[24] 同上书,第104页。

范、权利排除规范对请求权相对方有利，故应由该相对方负担证明责任。^[25] 其四，上述四类规范，可以通过规范的表达来识别。^[26]

规范说诞生之后，尽管一直作为民事诉讼证明责任领域的通说存在，但也出现了大量批评意见。批评大致可以分为两类。一类批评质疑罗森贝克从规范构造中寻求证明责任分配的思想，认为应当按照某种实质性原则来分配证明责任，或者干脆将证明责任问题交给法官裁量。替代方案种类繁多，但基本上都没有得到主流学者的共鸣，也从未在实质上撼动规范说。^[27] 规范说的内核在于从实体法规范的构造中发现证明责任分配方法，这同时也是该学说的最大优势。因为，一旦我们承认证明责任分配是法律问题，那么，维护法律适用的安定性就成了这一问题上必须捍卫的价值。这一诉求在规范说中得到了最大程度的尊重，在其他替代性学说那里则被不同程度地忽略或者牺牲了。另一类批评针对的是规范说的具体论证。其中，莱波尔德（Dieter Leipold）、穆泽拉克（Hans-Joachim Musielak）、普维庭（Hans Prütting）等人关于规范不适用说和权利妨碍规范的批评已经被德国法学界普遍接受。考虑到篇幅以及与本文论题的相关性，这里简要介绍莱波尔德关于权利妨碍规范的批评。

在罗森贝克列举的四种规范中，关于权利成立规范、权利消灭规范、权利排除规范的证明责任分配，基本上没有争议。一个实体法规范是权利成立规范还是权利消灭规范或者权利排除规范，通过实体法的表述很容易识别。^[28] 这在一定程度上是因为，这三类规范在实体法上本来就具有独立的内涵，证明责任分配只是这种实体法内涵在事实真伪不明情况下的逻辑结果而已。争议主要出现在权利妨碍规范上。莱昂哈德在1926年出版的《证明责任》第二版中，已经对此提出异议。^[29] 罗森贝克在之后的《证明责任论》新版中，虽然注意到权利妨碍规范在识别上相当困难，^[30] 但仍坚持认为权利妨碍规范是具有独立实体法意义的规范类型。^[31] 在1966年出版的《证明责任规则与法律推定》中，莱波尔德对这一观点再次提出批评。^[32] 莱波尔德指出，一个规范被从正面规定为权利成立规范还是从反面规定为权利妨碍规范，在实体法上没有任何区别。在逐一检验罗森贝克为支持其论点所举例子之后，莱波尔德认为，“所谓权利妨碍事实，并不能根据实体法效果而与权利成立事实形成区别。因此，证明责任基本原则也就不能建立在这种区别之上”。^[33] 其中的逻辑在于：罗森贝克的证明责任一般规则是“每个当事人要主张和证明对自己有利的法律规范的要件事实”，既然权利妨碍规范作为一个规范类型在实体法上没有独立的意义——无所谓对谁

[25] 前引〔13〕，罗森贝皮书，第105页以下。

[26] 同上书，第124页以下。

[27] 这些批评主要来自瓦亨道夫（Volker Warendorf）、莱纳克（Gerhard Reinecke）、普洛斯（Jürgen Prolss）等人。普维庭对这类观点的介绍和批评，参见 Hans Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München: Beck, 1983, 179 ff; 又见陈荣宗：《举证责任分配与民事程序法》，台湾三民书局1984年版，第24页以下。

[28] 参见前引〔13〕，罗森贝皮书，第124页以下。

[29] 同上书，第138页。

[30] 同上书，第127页以下。

[31] 同上书，第138页以下。

[32] Vgl. Dieter Leipold, *Beweislastregel und gesetzliche Vermutung insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Berlin: Dunker & Humblot, 1966, S. 38 ff; Ders., In: Stein/ Jonas, *Kommentar zur ZPO*, 22. Aufl., 2008, § 286, Rdn. 65.

[33] 同上引 Leipold 之 1966 年书，第 42 页。

“有利”，这个规范类型对于证明责任一般规则的适用也就没有任何价值了。

尽管如此，莱波尔德并不认为权利妨碍规范没有存在的必要。^[34]在他看来，被罗森贝界定为权利妨碍规范的那一类规范，“实际上是立法者对于证明责任特别规则的明确表达——通过这种规范表达形式，证明责任分配方法得到了明示。证明责任分配一般规则对于权利妨碍事实没有实质意义，因为只有通过一个（至少在规范行文中表达的）证明责任特别规则，一个事实要件才能被界定为权利妨碍要件”。^[35]也就是说，与权利成立规范、权利消灭规范和权利排除规范本身就具有独立的实体法内涵不同，权利妨碍规范只是立法者为了证明责任分配的需要而作的特殊处理。“立法者将一个事实规定为权利妨碍要件，就是为了表达这样的意图，即他希望该要件由主张其成立的当事人来证明。”^[36]这意味着，权利妨碍规范对于证明责任分配依然重要，而法律适用者需要通过实体法的规范表达，发现立法者通过权利妨碍规范来分配证明责任的意图。可见，通过对权利妨碍规范的重新理解，莱波尔德在批评罗森贝规范类型理论的同时，维护并且发展了规范说重视规范表达、坚持从规范构造中寻求证明责任分配方法的内核。从这个意义上，莱波尔德既是罗森贝克的批评者，也是其捍卫者。这一观点后来几乎没有受到过质疑。学者普遍认为，由于在实体法上（而不是在证明责任分配上）无法区分权利成立要件和权利妨碍要件，罗森贝克的证明责任一般规则在涉及权利妨碍规范时是不成立的；权利妨碍规范只是对基本规则例外情况的概括性表达，但正是在这个意义上，这个术语仍然有存在的必要性。^[37]

不过，一旦将权利妨碍规范看作立法者有意设置的特别证明责任规则，一个被规范说的批评者经常提出的问题就会浮现。人们又会问：如果没有证据表明立法者在设计法条时有意进行证明责任的安排，该怎么办？这时规范说还适用吗？莱波尔德在1979年的一篇书评中提出的实体法“评价分层（Wertungsschichten）”理论，可以看作是对这一质疑的回应。莱波尔德指出，实体法对事实状态的评价并非毕其功于一役，而是分步骤进行的。实体法通常只规定某个基础性的要件，只要该要件成立，法律后果就被认可；如果有进一步的特殊情况出现，则该法律后果作为例外而被否定，依次类推。^[38]实体法的这种构造可以被称为“评价分层”，这种“评价分层”是讨论证明责任问题的出发点。“由于这种评价分层能够反映在规范的外部构造中，其与规范说的关系就被重建起来；但在规范本身没有外部区别，甚至在规范作相反表述的情况下，这种分层也同样可以被采纳。”^[39]这一论述无疑为规范说对规范构造的关注提供了更坚实的理论基础。规范的文义和构造是实体法评价分层的外在表现，关注规范的文义和构造，是为了发现立法者评价分层的潜在意图。由于实体

[34] 这一点上，莱波尔德不同于莱昂哈特，后者从根本上否定了权利妨碍规范的存在必要性。

[35] 前引〔32〕评注，第286条，边码65。

[36] 同上引评注，第286条，边码83。

[37] 参见前引〔27〕，Prütting书，第267页，第287页以下。由施瓦布续写的罗森贝经典教科书《民事诉讼法学》，也在1969年出版的第十版中接受了这一观点。见前引〔27〕，陈荣宗书，第31页。

[38] 基于类似的观察，罗森贝将实体法规范分为“基础规范”和“相对规范”，见前引〔13〕，罗森贝克书，第105页。

[39] Dieter Leipold, Besprechung von Reinecke, Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, AcP 179 (1979), S. 503 f.

法评价分层是普遍存在的，这种关注实际上不以立法者清晰意识到规范的证明责任后果为前提。

在莱波尔德的基础上，穆泽拉克、^[40]普维庭^[41]等人也都对权利妨碍规范作为一种规范类型的妥当性作了批评，这里不再展开。通过以上介绍，足以看出主流学者对于规范说的态度。这种态度简单说就是：对于规范说中不尽周延的论证（尤其是法规不适用说和权利妨碍要件规范特征说）加以批评和修正，对规范说的方法论内核（从规范的表述和构造中寻求证明责任分配方法）则一如既往地坚持。半个多世纪来，德国民事诉讼法学界与其说找到了新的证明责任分配学说，不如说一直在围绕规范说进行着修补和完善的工作。^[42]

（二）规范说存在“方法论缺陷”吗

立足于上文的介绍，应当如何看待袁中华关于规范说“偏重文义解释”的指责？笔者认为，如果把“从规范表达中提取证明责任分配方法”的思想理解为袁中华所说的“偏重文义解释”，那么，他的质疑看上去并没有足够说服力。袁中华没有深入讨论规范说重视规范表达的缘由，也没有分析这种重视的内在价值，更没有深入梳理这一思想在罗森贝克之后经历的批评和获得的发展。如前文所述，规范说就其内核而言，直到今天仍是大陆法系民事诉讼法学界的稳定通说，而袁中华的论证并没有强到足以推翻这种通说。当然，对于袁中华的批评，我们还可以有另一种理解，即他是在法解释方法的意义上使用文义解释的概念。但即便是这样理解，其关于规范说“过分重视文义解释”的指责依然不能成立。

首先，罗森贝克并没有否定文义解释之外的其他解释方法。基于其学说自身的特点，同时也是出于与其他学者论战的需要，罗森贝克高度强调规范的文义——特别是强调某些立法用语对于识别权利妨碍规范的重大意义。但与此同时，他也指出，“那些习惯用语如同法律中使用的所有其他的用语一样，理所当然是解释的对象，没有什么理由阻止科学——在其他地方同样如此——用所有可能的方式进行有别于字义暗示的解释，就像我们事实上常常看到且也是这么做的一样。”^[43]也许在罗森贝克的年代，他的确对其他解释方法关注较少，但如果因此断定规范说排斥文义解释之外的其他解释方法，就有些夸大其词了。

其次，在坚持规范说的主流学者中，没有人拒绝文义解释之外的其他解释方法。在罗森贝克之后，德国民事诉讼法学界对证明责任理论作出公认的重大贡献的主要有莱波尔德、穆泽拉克、普维庭和鲍姆哥特尔（Gottfried Baumgärtel）几位。^[44]其中，莱波尔德认为，判断证明责任分配是一个评价问题，而不是从实体法规范表述中进行逻辑推演。^[45]“如果……除非……”、“如果没有……”之类表述对于证明责任分配的意义得到普遍认可，但“这些表述的存在当然不能排除疑难案件中的评价性分析”。^[46]穆泽拉克指出，通常情况下

[40] Vgl. Hans-Joachim Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin: Walter de Gruyter, 1975, S. 295 ff.

[41] 参见前引〔27〕，Prütting书，第282页以下。

[42] 所谓“修正规范说”，主要就是在上述两个问题上，尤其是在权利成立规范与权利妨碍规范的区分问题上有所修正。参见 Gottfried Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, München: Carl Heymanns, 1996, S. 121; Hans Prütting, In: Rauscher/Wax/Wenzel, Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 286, Rdn. 115; 前引〔32〕评注，第286条，第140节。

[43] 前引〔13〕，罗森贝克书，第134页。

[44] 这么说的依据是，相关著作在讨论证明责任问题时，一般都会以对这几位学者的观点罗列作为基础。

[45] 前引〔32〕评注，第286条，边码140。

[46] 同上引评注，第286条，边码85。

可以根据法条的表述区分不同的要件类型。“当文义不能提供帮助,或者基于文义得到的结论由于某些更高层级的、与个案无涉的理由而不能被接受时,必须在其他法律解释方法的帮助下探索要件的正确分类。”〔47〕普维庭认为,立法中这类特殊用语对于证明责任分配的意义原则上被普遍认可,但正如所有的文义解释一样,单纯依靠法律的表达并不能排除疑难案件。〔48〕从实务角度对整部民法典进行证明责任分析的鲍姆哥特尔更是明确指出:“并非所有情况下都可以通过规范结构来解释证明责任分配。这意味着,应该引入相关规范的规范目的来进行审查。实体法规范的目的同样影响着证明责任的分配。关于这一点的另一个理由是:分配证明风险本来就是一个实体正义问题。”〔49〕

第三,普维庭并没有从整体上批评规范说,而只是批评了某种关于规范说的不当理解。袁中华对于规范说“过分重视文义解释”的批评主要援引了普维庭的论述:“由于规范说完全以法律文义和规范构造为基础,因此它有时也被称为‘规范构造说’……这种将证明责任的分配严格限制在实体法的文义之内的思想,就是规范构造说局限于法律文义的方法论根源。但是……将证明责任的分配仅仅限制在法律文义和规范构造之内的做法,不能走得太远。”〔50〕考虑到这段话对于袁文的观点形成非常重要,笔者比照德文原著进行了细读。这种细读的印象是:普维庭并没有批评规范说的方法论,他只是批评对规范说的某种狭隘理解,并且以此为出发点来阐述自己认为正确的观点。现分述如下:

第一句话:“由于规范说完全以法律文义和规范构造为基础,因此它有时也被称为‘规范构造说’”。这句话的准确翻译应该是:“因为这种完全以法律文义和规范构造为基础的观点,人们有时候会将规范说称为‘规范构造说’。”〔51〕假如我们忠实于普维庭的原著,他这里批评的是那种“完全以法律文义和规范构造为基础的观点”——这种观点让规范说被冠以“规范构造说”的恶名,而不是批评规范说本身。

第二句话:“这种将证明责任的分配严格限制在实体法的文义之内的思想,就是规范构造说局限于法律文义的方法论根源”。这句话的准确翻译应该是:“这种天然要求将证明责任分配与纯粹实体法文义严格联系起来的思想,为限制于文义和结构的做法提供了方法论基础。”〔52〕在此前的几段里,普维庭主要分析规范说为什么会重视规范的文义和结构,这一句是之前分析的总结。按照普维庭的理解,这是证明责任分配本身的特殊性所致。普维庭批评的不是规范说的这种思想,而是对这种思想的不当运用。

第三句话:“但是……将证明责任的分配仅仅限制在法律文义和规范构造之内的做法,不能走得太远。”这一句话完整的原文翻译是:“但必须强调,这种将证明责任判断限制在规范文义和构造的做法是一种目光短浅,其存在尽管(因规范说的理论基础而)可以理解,但没什么理由证明这是合理的。”〔53〕显然,普维庭批评的仍然是对规范说的狭隘理解和不

〔47〕前引〔40〕, Musielak 书, 第 301 页。

〔48〕前引〔42〕评注, 第 286 条, 边码 115。

〔49〕前引〔42〕, Baumgätel 书, 第 121 页。

〔50〕袁中华的引文来自普维庭:《现代证明责任问题》, 吴越译, 法律出版社 2000 年版, 第 411 页以下。在普维庭的德文原著中, 这段话分别来自第 283 页第二段结尾、第 284 页第二段结尾和第 284 页第三段开头。

〔51〕前引〔27〕, Prütting 书, 第 283 页。

〔52〕同上书, 第 284 页。

〔53〕同上书, 第 284 页。

当运用——亦即莱纳克攻击的那种“规范说”（或者叫规范构造说），而不是主流学者普遍认可的规范说。

可见，袁中华对普维庭的引述在翻译上不够准确，这种不准确加上引述者可能的前见，造成了他对普维庭观点的误解。普维庭从来没有试图从根本上批评规范说的方法论。重视规范文义和构造是规范说的方法论特征，但这并不意味着，从规范中提炼证明责任分配方法时就只能使用文义解释。在这一点上，普维庭与其他主流学者并无任何区别。

三、“再抗辩”思维与动物损害责任的法条适用顺序

袁中华认为，为化解规范说本质缺陷带来的困境，需要从法条的规范目的出发，借助“请求原因、抗辩、再抗辩”的体系思维方法，重新解读侵权责任法第78条、第79条的意义关联，进而确定证明责任的分配。概言之，在动物致害侵权诉讼中，原告就第78、79条的请求原因（动物的特殊危险实现、损害、两者之间的因果关系）承担证明责任，被告就其抗辩（受害人故意或重大过失）承担证明责任；而针对被告的受害人重大过失的抗辩，原告可以提出“再抗辩”（加害人的过错）并对此承担证明责任。该方法的关键在于引入了“再抗辩”的概念，使得第79条不再是动物致害侵权的请求权基础规范，而被看作第78条的再抗辩规范。他认为，“再抗辩”概念对于认识民法中的证明责任规范具有普遍意义，作为一种解释工具，上述方法有助于克服立法缺陷带来的证明责任分配问题。需要讨论的是：“再抗辩思维”是规范说的替代方案吗？袁文对第79条的重新解读是否妥当？另外，如果说第79条在司法适用中真的存在问题，那么问题是什么？

（一）需要以“再抗辩思维”取代“规范说”吗

要指出的是，“请求原因、抗辩、再抗辩”思维只不过是要件事实论部分内容的提炼，其本身并不是一种独立的理论。根据国内学者的介绍，所谓要件事实论，即从事实主张中提取诉讼标的，并以此为出发点将事实按照法律效果纳入请求原因事实、抗辩事实、再抗辩事实等攻击防御体系的作业。^[54] 要件事实论是在日本司法研修所的培训实践中发展起来的，^[55] 其制度前提乃大陆法系的成文法传统，因此就证明责任的分配标准而言，仍然紧扣实体法的法条构造。^[56] 所谓请求原因事实，是指只要被告不承认原告提出的诉讼请求，那么原告就必须主张以获得其追求法律效果的实体法规范所对应的要件事实；抗辩事实，是指被告在承认原告请求原因的前提下，为了阻却原告寻求的法律效果而提出的妨碍原告主张权利发生的实体法规范抑或消灭原告曾经拥有权利的实体法规范所对应的要件事实；再抗辩事实，是指原告在承认被告主张的抗辩事实的前提下，提出新的足以阻挡或消灭抗辩事实产生的法律效果的实体法规范所对应的要件事实。抗辩事实和再抗辩事实在性质和功能上是一样的，只是提出的先后顺序不同；依次类推，当事人还可以提出再再抗辩事实和

[54] 笠井正俊：《证明责任的分配》，载三月章、青山善充：《民事诉讼法的争点》，有斐阁1998年版，第206页以下。转引自段文波：《民事要件事实与民事证明责任分配》，《学海》2006年第5期，第94页。

[55] 参见章恒筑、夏瑛：《日本要件事实论纲——一种民事诉讼思维的展开》，《法学家》2005年第3期，第148页。

[56] 山本和彦：《民事诉讼中的要件事实》，《判例时报》no. 1163，第15页。转引自前引[54]，段文波文，第94页。

再再再抗辩事实，等等。^[57]

从上述介绍中不难看出，要件事实论的内容是在规范说的基础上对实体法规范进行体系化整合，目的则在于确定具体案件中的证明责任分配，指导当事人攻击与防御。这种思维在德国学者的论述中并不陌生。比如，罗森贝克在论及基本规范和相对规范时指出，会出现其他规范与权利妨碍规范、权利消灭规范、权利排除规范相对抗，从而使得权利形成规范不受妨碍地发挥全部效力。对于这些规范，又可能出现相反效力的其他规范与之对抗，从而“产生具有深远影响的、一再重复的法规范的对立物，因为每一个法规范的效力可因另一个法规范的效力而被妨碍或被消灭”。^[58]基于这样的规范构造，针对实体法上的一个请求原因，甚至会出现包含着抗辩（*exceptio*）、再抗辩（*replicatio*）、第二次抗辩（*duplicatio*）、第三次抗辩（*triplicatio*）、第四次抗辩（*quadruplicatio*）、第五次抗辩（*quintuplicatio*）的法规范体系。^[59]这其中体现的，显然就是要件事实论中的“请求原因、抗辩、再抗辩”思维。^[60]

莱波尔德的实体法评价分层理论，则为上述的体系化操作提供了一个理论阐释。这个理论从裁判规范的角度重新观察实体法，既在证明责任分配与实体法规范的文义和构造之间确立了关联，又摒弃了任何时候都以规范文义和构造为圭臬的生硬戒律，从而为实体法要件事实的重组提供了方法论上的可能性。^[61]普维庭继承莱波尔德的论述，认为实体法的分层结构与立法者的主观意愿无关，因为“法律基于证明责任分配思想的实质性依据以及实用性考虑等各种各样的理由，已经对实体法进行了分层（评价分层）规范”。^[62]德国民法典的起草者本身有证明责任分配的意识，从而在规范表述上为发现这种评价分层提供了较多线索；但是，“即便欠缺这种法律语言的严谨性，发现这种评价分层也是可能的，只是在具体情境中明显要困难很多”。^[63]这种从证明责任的角度对实体法规范进行重组的思想，与要件事实论的理念（以及袁中华阐述的“再抗辩思维”）是完全一致的。

基于以上考察，笔者认为，要件事实论也许发展了规范说，但它绝对没有颠覆规范说。这种发展的主要特征是实务导向，即通过对实体法规范中的要件事实进行分类整理，为实务工作者提供攻击防御的指南。而整理的前提，恰恰是规范说根据实体法规范类型确定证明责任分配的思想。基于笔者目前的理解，似乎很难将要件事实论看作规范说的替代品。

本文迄今关于规范说和要件事实论的讨论主要支持以下结论：其一，规范说并不排斥文义解释之外的其他法律解释方法。其二，规范说天然重视规范的文义和构造，这种重视

[57] 参见段文波：《要件事实理论下的攻击防御体系——兼论民法法学教育》，《河南财经政法大学学报》2012年第4期，第111页。

[58] 前引[13]，罗森贝克书，第107页。

[59] 同上书，第107页以下。括号里的拉丁文，说明这样的攻击防御体系在罗马法中就已存在。按照中文的逻辑，这六个词对应的应该是抗辩、再抗辩、第三次抗辩、第四次抗辩、第五次抗辩、第六次抗辩。但庄敬华的翻译严格遵照拉丁文词义，也不算错。

[60] 关于要件事实论与规范说的关系，又见前引[55]，章恒筑等文，第151页。

[61] 正如莱波尔德在别的地方指出的，“认识到证明责任规则是一种独立的法律规范，并且并不必然从实体法构造中得出，在某些案件中根据证明责任法的视角对实体法要件事实进行进一步的重组，看上去就具有了方法论的可行性。”见前引[32]评注，第286条，边码70。

[62] 前引[27]，Prütting书，第286页。

[63] 同上书，第287页。

不是因为立法者在起草法律时一定具有证明责任的意识，而是因为实体法规范本身蕴含着评价分层的结构。其三，要件事实论本质上是规范说的一种应用，它与规范说一样，要以实体法规范的文义和构造作为分析的起点。

（二）需要以“再抗辩思维”调整侵权责任法第79条的证明责任分配吗

按照规范说的文义和体系解释，侵权责任法第79条中的“违反管理规定，未对动物采取安全措施”显然应当由请求权人负担证明责任。袁中华基于对第79条立法目的的考量，建议将第78条、第79条作这样的一并解读：“饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。但即使被侵权人存在重大过失，如动物饲养人或者管理人违反管理规定，未对动物采取安全措施，亦不得免责。”〔64〕这样一来，侵权责任法第79条就由独立的权利成立规范变成了不具独立意义的再抗辩规范，“违反管理规定，未对动物采取安全措施”这一要件事实也由第79条的请求原因事实，变成了第78条后半句的再抗辩事实。

袁中华的解读方式并未改变证明责任的分配——“违反管理规定，未对动物采取安全措施”要件仍由原告负证明责任，但是改变了要件事实的证明顺序。在他看来，这种改变带来的好处是降低了原告的举证负担，增加了对受害人的保护力度。按照前述介绍，规范说并不排斥按照立法目的对实体法规范进行重新组合以发现恰当的证明责任分配方法。在这一点上，它与袁中华倡导的“一并解读”方法和“再抗辩思维”完全兼容。但是，一种新的组合和解读是否恰当，当然要接受来自法解释学的审查。审查的关键标准是：立法者的规范意图是否支持这种新的组合和解读方式？

笔者赞同袁中华的判断，即在规范目的上，侵权责任法第79条“对受害人的合法权益予以较之第78条更强的保护，并敦促动物保有人对动物采取安全措施，遵守管理规定”。〔65〕但仅此并不能告诉我们第79条在整个饲养动物损害责任体系中的地位，也不能为我们理解其证明责任分配提供更多指示。就此，需要结合侵权责任法第十章确立的规范关系作更进一步的分析。侵权责任法第78条与第79—81各条分别是动物致害侵权责任的一般规则与特殊规则。一般规则与特殊规则的关系是：一般规则规定请求权成立的基础要件，特殊规则规定请求权成立的特殊要件；在符合基础要件的前提下，只要符合特殊要件，优先适用特殊规则；只有在特殊规则无法适用时，才适用一般规则。而按照袁中华的解读方法，侵权责任法第78条与第79条变成了原则规范与例外规范的关系。原则规范与例外规范的关系是：后者一旦成立，即排除前者的法律效果。按照这种关系，在侵权责任法第78条所有要件成立的前提下，如果原告主张并且证明了第79条前半句（再抗辩），则排除第78条后半句（抗辩）的法律效果，发生第78条前半句（请求原因）的法律效果。很明显，这代表了两种完全不同的实体法评价，也将导致完全不同的法条适用流程。简单地说，前者确立的法条适用模式是第79条优先，而袁文建议的法条适用模式很大程度上是第78条优先。

这两种方案中，究竟哪一种更有利于实现立法者意图？对此，不妨从一个案例出发进

〔64〕 袁中华文，第156页。

〔65〕 袁中华文，第155页以下。

行讨论。在张文诉周敏饲养动物损害责任纠纷案中，被告主张了原告存在重大过失的抗辩事实，但并没有进行充分的证明。判决书一方面通过事实分析，认为原告行为是否构成重大过失难以认定；另一方面指出，即便原告行为构成重大过失，考虑到侵权责任法第79条的规范目的，依然无法免除或者减轻动物饲养人或管理人的赔偿责任。^[66]基于本文的视角，这一判决主要涉及三个要件事实：（1）侵权责任法第78条规定的请求原因事实——动物致害的事实。^[67]（2）侵权责任法第78条规定的抗辩事实——被害人过失。（3）侵权责任法第79条规定的特殊要件——饲养人或管理人违反管理规定，未对动物采取安全措施。判决书展示的逻辑是：在要件（1）（动物致害的事实）已经查明，要件（3）（被告违反管理规定，未对动物采取安全措施）无争议的情况下，直接适用第79条作出原告胜诉判决。假如采纳袁文建议的方案，本案就只能适用第78条，基于要件（2）真伪不明而作出原告胜诉的判决。根据袁文的方案，事实调查要严格遵循“请求、抗辩、再抗辩”的顺序，抗辩层面的证明责任无法满足（未证明或证明不足），无需进入再抗辩层面的证明。^[68]这意味着，即使原告主张了能够证明被告“违反管理规定，未对动物采取安全措施”的事实而且被告没有争执，法官也只能适用第78条。

笔者认为，尽管上述两种法律适用方案在个案处理的实体法效果上并无区别，但本案判决采纳的方案更符合侵权责任法第78—79条的立法意旨。立法者设计侵权责任法第79条，是为了规范城市动物饲养（尤其是养犬）秩序，维护百姓的人身和财产安全。^[69]为实现这一目的，需要保证第79条在适用上的相对优先性。^[70]一般规则与特殊规则的规范关系，正是上述规范意图在实体法规范构造上的呈现。法律适用者应该做的就是透过上述规范构造，发现作为裁判规则的证明责任规范，进而实现立法者优先适用第79条的意图。张文诉周敏饲养动物损害责任纠纷案的判决书做到了这一点，袁中华提出的法律适用模式则背离了这一点。考虑到在许多案件中，被告或者压根不会提出被害人过失的抗辩，或者就算提出了也很难证明，袁文建议的“请求、抗辩、再抗辩”模式实际上把第79条置于一个很难被适用的境地。

（三）什么是侵权责任法第79条适用中的真正问题

行文至此，看上去本文的任务已经完成了。但在考察裁判文书的过程中，笔者发现，实务中尽管不存在袁文假定的“原告难以援引侵权责任法第79条获得胜诉于是干脆抛弃该法条”的问题，却存在其他问题。这主要表现在：有的法官不能准确理解侵权责任法第78条、第79条的体系关系，对这两个法条的适用呈现出明显的随意性。这意味着，立法者制定第79条的规范意图并没有得到充分实现。这主要表现在以下几个方面：

首先，在适用侵权责任法第79条的案例中，有大量案例同时适用了第78条。在适用侵权责任法第79条的230个案例中，只援引第79条的案例只有53个，约占23%；同时援引

[66] 参见江苏省南京市白下区人民法院（2011）白民初字第2412号民事判决书。

[67] 这只是方便的表述。如果详细拆分，这个要件实际上包括动物的特殊危险实现、损害后果、危险实现与损害后果之间的因果关系等三个要件。

[68] 参见袁中华文，第157页。

[69] 参见前引〔14〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室编书，第324页。

[70] 反过来，如果优先适用第78条，那么第79条就几乎没有适用的空间了。

侵权责任法第78条、第79条的案例177个，约占77%。

细读这些案例，笔者注意到，这些裁判文书中讨论的事实争议多数情况下只有一个，即被害人所受损害是否为被告饲养或管理的动物所致。^[71]在许多法官看来，在这一争点得到澄清的情况下，第78条和第79条都能适用。但这种认识似是而非。按照前文的讨论，第78条、第79条作为动物致害侵权的一般规则和特殊规则，一旦适用第79条，就没有再适用第78条的空间。同时援引第78条、第79条，^[72]从本质上模糊了第79条与第78条的区别，让前者在适用上的优先性无法得到体现。

其次，在另一些案件中，法官援引了第79条，却又对被害人是否存在过失详加论述。^[73]这显然是多此一举。有的判决还在认定被害人过失的基础上划分双方责任比例，就不止是多余，已经是法律适用错误了。^[74]按照前文论述，第79条并不包含被害人过失的权利妨碍要件，一旦确认被告“违反管理规定，未对动物采取安全措施”并且“造成他人损害”，即可判令其承担相应的责任。^[75]援引第79条的同时关注被害人过失，表明法官没有准确把握本条的法律要件，也没有真正理解本条与第78条的体系关系。

最后，有些案件本该适用第79条，法官却不当援引了第78条。在不少案件中，法官明确确认被告存在“违反管理规定，未对动物采取安全措施”的情形，在判决时却（仅仅）

[71] 具体又包括损害事实是否发生、被告是否为致害动物的饲养人或管理人、动物致害与损害后果之间是否有因果关系以及损害数额是多少。

[72] 有些判决甚至同时援引了第78条、第79条、第80条。比如段荣芬与崔书华生命权、健康权、身体权纠纷案，石家庄市裕华区人民法院（2014）裕民一初字第01579号民事判决书；范献辉与郑邦满、常德市华佳铝业有限公司饲养动物损害责任纠纷案，湖南省常德市鼎城区人民法院（2013）常鼎民初字第1889号民事判决书；胡立根与陈福才、张月英、陈涛饲养动物损害责任纠纷案，河北省景县人民法院（2014）景民一初字第412号民事判决书；刘某与李某饲养动物损害责任纠纷案，北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第08228号民事判决书；王琼芬与蔡汝彬饲养动物损害责任纠纷案，云南省石林彝族自治县人民法院（2014）石民初字第1049号民事判决书；杨成林与李彩霞、刘玉兰、李天性饲养动物损害责任纠纷案，湖北省武汉市东西湖区人民法院（2015）鄂东西湖民初字第00610号民事判决书；王世萍与马挨全饲养动物损害责任纠纷案，陕西省富县人民法院（2015）富民初字第00168号民事判决书；赵宝起与赵志浩饲养动物损害责任纠纷案，天津市蓟县人民法院（2014）蓟民初字第2065号民事判决书；赵东玲与刘锦理饲养动物损害责任纠纷案，安徽省濉溪县人民法院（2014）濉民一初字第01507号民事判决书；陈勇与陆建兵饲养动物损害责任纠纷案，江苏省南通市港闸区人民法院（2013）港民初字第0182号民事判决书等。

[73] 比如邓招洋与秦永丰饲养动物损害责任纠纷案，湖南省邵阳市中级人民法院（2015）邵中民一终字第800号民事判决书；何某与邓世军、张琴饲养动物损害责任纠纷案，四川省遂宁市中级人民法院（2014）遂中民申字第3号民事裁定书；吕某与戴建民饲养动物损害责任纠纷案，北京市朝阳区人民法院（2013）朝民初字第39230号民事判决书；马树云与柴春齐饲养动物损害责任纠纷案，天津市北辰区人民法院（2014）辰民初字第3546号民事判决书；孙淑秀与北京天赐安鑫养殖场、白刚饲养动物损害责任纠纷案，北京市通州区人民法院（2015）通民初字第07460号民事判决书；宋某与蒋某等饲养动物损害责任纠纷案，上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民一（民）终字第156号民事判决书；张文与周敏饲养动物损害责任纠纷案，南京市白下区人民法院（2011）白民初字第2412号民事判决书等。

[74] 比如马树云与柴春齐饲养动物损害责任纠纷案，天津市北辰区人民法院（2014）辰民初字第3546号民事判决书。

[75] 有学者认为，故意可以成为侵权责任法第79条、第80条的免责事由（见前引〔8〕，程啸书，第623页）；有学者则认为，无论故意或者重大过失，都不是侵权责任法第79条、第80条的免责事由（见前引〔8〕，张新宝主编书，第285页以下）。

援引了第78条。^[76]分析这类判决呈现的逻辑,似乎“违反管理规定,未对动物采取安全措施”是证明被告有过错的一个事由。这是荒谬的:第78条采无过错责任,并不需要这样的证明。对这类案件,只能适用第79条作出判决。

根据以上讨论,笔者认为,法官对第79条的适用可以遵循以下顺序。第一步,一旦法官通过原告陈述认识到动物致害侵权是由家养动物所致,而本地对这类动物饲养恰好有专门的管理规定,^[77]即考虑适用第79条,并按该条涉及的法律要件组织事实调查。第二步,如果“动物致害事实”以及被告“违反管理规定,未对动物采取安全措施”两个要件可以认定(没有争议或已获证明),即援引第79条作出判决,无需再就被害人过错展开调查。第三步,只有在第79条无法适用,^[78]同时第80条、第81条也无法适用的情况下,才考虑适用第78条。^[79]笔者推测,由于针对“违反管理规定,未对动物采取安全措施”要件很少出现争执,依上述法律适用顺序,适用第79条的案件有可能大幅度增加。

结 语

以上检验的结论是:其一,侵权责任法第79条并不存在袁文所言的“证明责任问题”,也不会因为该问题而被搁置。其二,规范说并不排斥文义解释之外的其他解释方法,袁文关于规范说本质缺陷的指责有失牵强。其三,“请求原因、抗辩、再抗辩”的解释方法与规范说并不矛盾;袁文提出的证明责任分配方案恰恰违背了第79条的立法意图。第79条在司法适用中的确存在某种程度的功能落空,但导致这一结果的不是立法缺陷,也不是传统证明责任分配理论失灵,而是法官没有透过法条的文义和构造,发现正确的裁判规范(法条

[76] 比如AA与BB、CC、DD健康权、身体权纠纷案,上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民一(民)终字第3098号民事判决书;方玉霞与仲秀芬饲养动物损害责任纠纷案,江苏省镇江市中级人民法院(2014)镇民终字第1536号民事判决书;尤保华与北京贺鹏宇科技有限公司、张春红饲养动物损害责任纠纷案,北京市昌平区人民法院(2014)昌民初字第09476号民事判决书;张存志与齐永彬饲养动物损害责任纠纷案,北京市朝阳区人民法院(2013)朝民初字第30155号民事判决书;张广峰与王振山等饲养动物损害责任纠纷案,辽宁省鞍山市铁东区人民法院(2014)铁东民二初字第464号民事判决书;于秀卿与被告李泽桐、李胜利、李堃、张庆霞健康权纠纷案,山东省济南市市中区人民法院(2015)市少民初字第4号民事判决书;杨大明与王运初饲养动物损害责任纠纷案,湖南省汉寿县人民法院(2014)汉民初字第1096号民事判决书;郑亮与袁勇健康权纠纷案,上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民一(民)终字第728号民事判决书;王宝仓、王峰与单笑颜饲养动物损害责任纠纷案,北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第06170号民事判决书;许某与蔡某饲养动物损害责任纠纷案,湖南省长沙市中级人民法院(2014)长中民一终字第02076号民事判决书;付士英与董玉兰饲养动物损害责任纠纷案,山东省济南市中级人民法院(2014)济民四终字第154号民事判决书。

[77] 如果没有相关规定,原则上不能适用侵权责任法第79条,而应适用第80条或者第78条。在适用第78条时,可以讨论被告是否采取了相应的安全措施。“未采取必要安全措施”虽然不是第78条的权利成立要件,但可以成为认定“被害人是否存在重大过失”的间接事实。

[78] 比如当地没有相应的管理规定,或者虽有管理规定,但饲养人或管理人遵守规定,对动物采取了适当的安全措施。

[79] 笔者没有发现体现这种思路的案例,但却找到两个在侵权责任法第80条和第78条之间进行取舍的案例。在两个案件中,法官最后都认为,纠纷发生地不属于养犬管理规定明令禁止饲养烈性犬、大型犬的“养犬管理区”,因此无法适用第80条,只能适用第78条。参见肖贵涛与朱宏海饲养动物损害责任纠纷案,吉林省长春市中级人民法院(2015)长民二终字第963号民事判决书;金德铨与付金纪饲养动物损害责任纠纷案,辽宁省抚顺市中级人民法院(2015)抚中民终字第01520号民事判决书。尽管这两个案例都没有直接涉及侵权责任法第79条,但其中的法律适用策略与本文建议的方案完全一致。

适用方案和证明责任分配方案)。换言之,恰恰不是规范说出了问题,而是没有妥善运用规范说导致了问题。

笔者之所以对袁中华的论文进行检验,是因为其议题非常重要,需要来自学界同仁的普遍关注。在袁文发表时,规范说还只是一种在民事诉讼法学界较有影响的理论,而现在,这种理论已经进入最高人民法院颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)。^[80]由于这种变化,准确理解规范说就有了更加现实的意义。此外,诸如当事人和法官在法律适用中的作用、启动证明责任分析的条件、“再抗辩思维”与“规范说”的关系之类的问题,尽管在袁文中没有得到足够重视,在理论上也都具有相当的重要性。

促成本文撰写的更重要的动因,是笔者对我国目前民事诉讼法解释学的方法论反思。从论文形式和论证逻辑看,袁文属于法解释学研究。笔者理解的法解释学是这样一种学问:它综合运用来自立法、司法、学理的各种资源,对法律条文进行文义的、体系的、目的的解释,以便给法官的法律适用提供相对稳定的指南。袁文要做的大抵就是这样一件事。这件事做好了,无疑会对侵权责任法的适用产生积极的影响。但以本文的检验来看,袁文对侵权责任法第79条的解释似乎在多个环节出了问题。结合这些问题,笔者愿就我国民事诉讼法解释学谈几点看上去老生常谈,实际上常谈常新的建议。

首先,解释者应认真对待立法文本。法解释学的直接目的是为法官的法律适用提供可接受的方案,延伸目的才是通过解释丰富法律的内涵,为法律的未来发展提供学理资源。尊重立法者选择是法解释者的第一戒律。文义解释和体系解释之所以在各种法解释方法中位居前列,就是因为法律文本被认为是发现立法者选择的基本线索。这意味着,解释者应当尽一切可能避免脱离文义和构造来理解法条。尽管考虑到立法也会存在模糊甚至疏漏,在疑难情况下,解释者可以而且应当引入历史解释、目的论解释来协助发现立法者的选择,但是在做这样的处理时,解释者需要承担更多的说服责任。他应当告诉我们:有什么重要的理由,使得正义的实现必须以抛弃立法文本为代价。在笔者看来,袁文的问题之一就是,它在没有对立法者意图以及反映这种意图的法条结构进行深度解读之前,或者说在没有对其他的解读可能性进行排除之前,就草率地背离了法条文本。

其次,解释者应认真对待司法实践。立法的本意是为司法活动提供规则,为了做到这一点,立法首先不能脱离司法实践。立法者关于规范要件的表述,无疑是以过去以及现在的司法实践作为背景的。另一方面,立法一旦颁行,对法条意义进行后续建构的任务就主要落在了司法人员肩上。因此,在解释法条时,无论如何不能忽略来自司法实务的表达。这种表达不仅关乎我们对法条适用情况的判断,而且关乎我们对法条自身意蕴的发现。在笔者看来,袁文最大的疏漏就在于没有对侵权责任法第79条的司法实践给予关注。

最后,解释者应认真对待通说。所谓通说,是指学界针对某一争议问题,经过长时间讨论形成的,由大多数学者(特别是权威学者)认可的观点和意见。^[81]通说的正当性不是来自学术民主,而是在目前这个阶段,支持通说的那些理由看上去比支持其他学说的理由

[80] 参见前引〔5〕,沈德咏主编书,第313页以下。

[81] 参见黄卉:《论法学通说》,《北大法律评论》2011年第2期,第335页。

更有说服力。通说的存在对法解释学具有重要意义，因为它可以极大地简化争论，降低交流成本。一般情况下，支持通说不需要太多论证——因为通说已经被反复论证过；反对通说则需要承担更多的论证、说服义务——因为反对理由大多数已经被驳斥。对于民事诉讼证明责任问题，规范说无论在学理上还是在实务上都是通说，这一通说历经半个多世纪屹立不倒，说明它本身具有很强的生命力。袁中华对这个学说提出批评，就要比一般的学术讨论负担更多说服义务。遗憾的是，袁文只是简单指出规范说过分重视文义解释，既没有就此提出充足的支持理由，也没有对可能的反对理由予以排除，甚至在关键论据上存在比较严重的误读。这一切，都让其对规范说的批评显得说服力不够。

无论如何，撰写本文让笔者学到很多。感谢袁中华提出了一个颇具理论张力的话题。笔者不揣浅陋加入其中，是因为相信这种讨论是积极的、建设性的。希望这种讨论能在更多同仁中展开，也希望严肃的、针锋相对的学术批评能成为我国民事诉讼法学研究中的一道风景。

Abstract: Through the examination of civil procedure theories and court decisions that apply articles 78 and 79 of the Tort Liability Law, this article comes to the following three conclusions. Firstly, there is no “defect in allocation of burden of proof”, as claimed by Dr. Yuan Zhonghua, in Article 79 of Tort Liability Law. Therefore the application of Article 79 would not be obstructed by the so-called defect. Secondly, the norm theory, which is the conventional theory of “burden of proof”, does not reject interpretative approaches other than literal interpretation. Thirdly, “the cause of action-defense-counter defense” interpretative approach is not in conflict with the norm theory. On the contrary, it is Dr. Yuan’s proposal of burden of proof that runs counter to the legislative purpose of Article 79. The reason that the application of Article 79 in court cases sometimes fails to achieve the goal set forth by the legislator is neither a defect in the legislation, nor the failure of conventional burden of proof theory, but rather the failure by the judges to thoroughly understand the text and structure of the legislation and to find the proper allocation of burden of proof and the right sequence to apply the clauses. It is the incorrect application of norm theory, rather than the failure of the norm theory, that leads to the problem.

Key Words: burden of proof, norm theory, Article 79 of Tort Liability Law, literal interpretation, counter defense
